4. **Artikel 17 Executieverdrag moet aldus worden uitgelegd, dat de wetgeving van een verdragsluitende staat niet in de weg kan staan aan de geldigheid van een bevoegdheidsbeding op de enkele grond dat de gebezigde taal een andere is dan die welke door die wetgeving wordt voorgeschreven.**

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart Koopmans O'Keeffe

Bosco Due Everling Chloros

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 juni 1981.

De griffier

A. Van Houtte

De president

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN VAN 20 MEI 1981 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De onderhavige zaak is krachtens artikel 3 van het Protocol van 3 juni 1971 betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: Executieverdrag), bij beschikking van 9 juni 1980 door het Belgische Hof van Cassatie verwezen naar het Hof. Zij heeft betrekking op drie artikelen van het Executieverdrag: de artikelen 17 en 18 betreffende aanwijzing van een bevoegde rechter, en artikel 22 betreffende verwijzing van samenhangende vorderingen.

Requirante tot cassatie in het geding voor de verwijzende rechter is de vennootschap naar Duits recht Elefanten Schuh GmbH, die ik hierna „de Duitse vennootschap" zal noemen. Zij is gevestigd te Kleef en is bedrijvig in de schoeiselsector. Gerequireerde, Pierre Jacqmain, is woonachtig te Schoten in België.

Op 1 februari 1970 stelde de Duitse vennootschap P. Jacqmain aan als handelsvertegenwoordiger voor België (met uit-

1 — Vertaald uit het Engels

zondering van de provincies Luxemburg, Namen en Henegouwen). De desbetreffende arbeidsovereenkomst is niet aan het Hof overgelegd, doch tussen partijen staat vast dat zij in het Duits was gesteld en een clausule bevatte krachtens welke enkel de rechtbank te Kleef kennis kon nemen van uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen.

Vanaf een bepaald tijdstip in 1974 werd het basissalaris van P. Jacqmain betaald door de Belgische dochtermaatschappij van requirante in het hoofdgeding, de NV Elefant, die ik verder als „de Belgische vennootschap" zal aanduiden. Sinds eind 1974 werden ook de provisies door de Belgische vennootschap betaald. Vanaf 1 september 1975 werkte P. Jacqmain onder het gezag, de leiding en het toezicht van de Belgische vennootschap. In december 1975 werd hij op staande voet ontslagen.

Daarop stelde P. Jacqmain bij de Arbeidsrechtbank te Antwerpen beroep in tegen de Duitse en de Belgische vennootschap; zijn vordering was gebaseerd op Belgisch recht. Op grond van artikel 20 van het Koninklijk Besluit van 20 juli 1955 (BS 3-4 oktober 1955) vorderde hij vergoeding wegens beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst en op grond van artikel 15 van de wet van 30 juli 1963 (BS 7 augustus 1963) vergoeding voor het vervallen van zijn recht op provisies; tevens vorderde hij achterstallige aanpassingen aan de stijging van de kosten van levensonderhoud, interessen, betaling voor jaarlijkse vakantie en feestdagen en terugbetaling van telefoonkosten.

De Duitse vennootschap betoogde dat de Arbeidsrechtbank, gelet op het bevoegdheidsbeding in de arbeidsovereenkomst, niet bevoegd was. De rechtbank verwierp dit argument op grond van de artikelen 627, sub 9, en 630 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek (Ger. Wb.). Krachtens eerstgenoemd artikel is ter zake van arbeidsgeschillen alleen bevoegd de rechter van de plaats die bestemd is voor de exploitatie van de betrokken onderneming, de uitoefening van het beroep of de werkzaamheid van de vennootschap. Volgens laatstgenoemd artikel is iedere met de bepalingen van artikel 627 strijdige overeenkomst van rechtswege nietig.

De Arbeidsrechtbank verwierp voorts het door de Belgische vennootschap aangevoerde argument, dat P. Jacqmain enkel met de Duitse vennootschap een arbeidsovereenkomst had. Onder verwijzing naar tal van eerdere uitspraken, stelde de rechtbank dat als partij bij een arbeidsovereenkomst is te beschouwen degene onder wiens gezag, leiding en toezicht een werknemer tegen vergoeding werkzaam is. Hieruit concludeerde zij dat in de onderhavige omstandigheden de Duitse en de Belgische vennootschap solidair aansprakelijk waren. Zij kende P. Jacqmain een schadevergoeding toe van BFR 3 064 160 vermeerderd met de interessen, alsmede een provisionele schadevergoeding.

Van dit vonnis kwamen beider vennootschappen in beroep bij het Arbeidshof te Antwerpen, waar zij zich wederom beriepen op het bevoegdheidsbeding in de arbeidsovereenkomst. Het Arbeidshof erkende dat het partijen krachtens artikel 17 Executieverdrag geoorloofd is, bij schriftelijke overeenkomst een gerecht van een verdragsluitende staat aan te wijzen en daarmee af te wijken van de artikelen 627, sub 9, en 630 Ger. Wb. De stelling van de vennootschappen, dat de Belgische gerechten niet bevoegd waren, wees het Hof echter af. Het stelde vast, dat de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen P. Jacqmain en appellante nietig

was wegens strijd met de artikelen 5 en 10 van het decreet inzake het taalgebruik, aangenomen op 19 juli 1973 door de Cultuurraad van de Nederlandse cultuurgemeenschap. Artikel 5 bepaalt dat elke werkgever die in het Nederlandse taalgebied van België personen tewerkstelt, het Nederlands dient te gebruiken in alle aan het personeel gerichte of wettelijk voorgeschreven stukken (arbeidsovereenkomsten kennelijk daaronder begrepen). Artikel 10 schrijft nietigheid voor van alle bescheiden die niet voldoen aan de vereisten van eerstgenoemde bepaling. Ten gronde bevestigt het Arbeidshof, op een kleine wijziging na, het vonnis van de Arbeidsrechtbank.

Beide vennootschappen brachten de zaak vervolgens voor het Hof van Cassatie, dat het door de Belgische vennootschap ingestelde beroep niet-ontvankelijk verklaarde op grond dat het tardief was ingesteld.

Het Hof van Cassatie aanvaardde het argument van de Duitse vennootschap en overwoog dat een beding in een overeenkomst, waarbij partijen een bevoegde rechter aanwijzen, niet kan worden aangetast door een door een Lid-Staat vastgestelde regeling betreffende de sociale betrekkingen tussen werkgevers en werknemers, aangezien artikel 17 Executieverdrag in alle verdragsluitende Staten op gelijke wijze toepasselijk is.

Jacqmain betoogde evenwel dat de Arbeidsrechtbank te Antwerpen bevoegd was krachtens artikel 18 Executieverdrag, aangezien requirante voor dit gerecht was verschenen niet alleen om de bevoegdheid ervan te betwisten, doch tevens om ten gronde te concluderen.

Jacqmain wierp voorts de vraag op, of de Duitse vennootschap zich wel kon beroepen op het bevoegdheidsbeding, nu het geding aanvankelijk was ingeleid tegen twee vennootschappen waarvan er een (de Belgische) geen partij was bij de overeenkomst waarin het beding voorkwam. Aangezien Jacqmains vordering tegen de Belgische vennootschap ontvankelijk was, kon hij zich, voor wat zijn vordering tegen de Duitse vennootschap betreft, beroepen op artikel 22 Executieverdrag, bepalende dat wanneer samenhangende vorderingen bij gerechten van verschillende verdragsluitende staten zijn aangebracht, het gerecht bij hetwelk de zaak het laatst is aangebracht, tot verwijzing kan overgaan mits zijn wetgeving de voeging van samenhangende zaken toestaat en het gerecht bij hetwelk de zaak het eerst is aangebracht, bevoegd is van de beide vorderingen kennis te nemen. De Belgische wetgeving, met name de artikelen 566 en 634 Ger. Wb., staat voeging van samenhangende zaken toe.

In verband met deze problematiek heeft het Hof van Cassatie het Hof zes vragen voorgelegd, waarvan de eerste luidt als volgt:

„a) Is artikel 18 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken toepasselijk, wanneer partijen een bevoegde rechter hebben aangewezen bij overeenkomst als bedoeld in artikel 17?"

De in de onderhavige zaak relevante bepalingen van de artikelen 17 en 18 luiden als volgt:

Artikel 17:

„Indien de partijen, waarvan ten minste één zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, een gerecht of de gerechten van een ver-

dragsluitende staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die staat bij uitsluiting bevoegd.

Overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter hebben geen rechtsgevolg indien zij strijdig zijn met de bepalingen van de artikelen 12 en 15, of indien de gerechten, op welker bevoegdheid inbreuk wordt gemaakt, krachtens artikel 16 bij uitsluiting bevoegd zijn."

Artikel 18:

„Buiten de gevallen dat zijn bevoegdheid voortspruit uit andere bepalingen van dit Verdrag, is de rechter van een verdragsluitende staat, voor wie de verweerder verschijnt bevoegd. Dit voorschrift is niet van toepassing indien de verschijning uitsluitend ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten, of indien er een ander gerecht bestaat dat krachtens artikel 16 bij uitsluiting bevoegd is."

In hun schriftelijke opmerkingen voor het Hof hebben de Commissie en de regering van het Verenigd Koninkrijk betoogd dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Ik ben het daarmee eens.

Uit de beginwoorden van artikel 18 — „apart from" in de Engelse tekst, „outre les cas" in de Franse (Nederlands: „buiten de gevallen") —, blijkt mijns inziens duidelijk dat dit artikel aan de andere, uit de bepalingen van het Executieverdrag voortvloeiende bevoegdheidsgronden een extra bevoegdheidsgrond toevoegt, die niet enkel geldt voor gevallen waarin geen bevoegdheid voortspruit uit het Executieverdrag. Ik geloof dat dit ook uit de Italiaanse en de Duitse versie kan worden afgeleid.

De bevoegdheidsregeling van artikel 18 is niet van toepassing indien er een ander gerecht bestaat dat krachtens artikel 16 bij uitsluiting bevoegd is. Een dergelijk voorbehoud wordt ten aanzien van artikel 17 niet uitdrukkelijk gemaakt en ik zie niet in waarom het zou moeten worden geacht in de tekst te zijn geïmpliceerd. Er is immers geen reden om aan te nemen dat de artikelen 17 en 18 twee alternatieve, elkaar wederzijdse uitsluitende regelingen zijn, aangezien zij partijen twee mogelijkheden bieden om bevoegdheid te erkennen: hetzij bij overeenkomst, hetzij door te verschijnen.

Dat dit de juiste uitleggingswijze van het Executieverdrag is, vindt, zoals ook in de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen betoogd, bevestiging in de omstandigheid dat tal van bilaterale verdragen tussen Lid-Staten — aangehaald in de bij het Hof ingediende opmerkingen — stilzwijgend of uitdrukkelijk aanvaarden dat de rechter voor wie verweerder verschijnt, bevoegd is, zelfs wanneer partijen bij overeenkomst een andere rechter voor de kennisneming van geschillen hebben aangewezen. Ik meen dat dit beginsel ook in de nationale wetgeving van verscheidene, zo niet alle, Lid-Staten wordt erkend.

De tweede door het Hof van Cassatie gestelde vraag luidt als volgt:

„Is de bevoegdheidsregeling van artikel 18 toepasselijk, wanneer verweerder niet alleen de bevoegdheid heeft betwist, maar bovendien ook over de zaak zelf heeft geconcludeerd?"

Deze vraag berust hierop dat, naar ik heb begrepen, de tweede volzin van artikel 18 in de Nederlandse versie — even-

als in de Duitse en de Italiaanse — op overeenkomstige wijze is geformuleerd als in het Engels, namelijk dat geen bevoegdheid ontstaat door een verschijning die „uitsluitend ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten". Hieruit zou men kunnen afleiden dat de verschijning van verweerder geen enkel ander doel mag hebben dan de betwisting van de bevoegdheid: dient zijn verschijning nog een ander doel, ook al is dat subsidiair, dan blijft de eerste volzin van artikel 18 van toepassing. De Franse tekst daarentegen luidt: „Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de controler la compétence". Een equivalent van het woord „uitsluitend" ontbreekt dus. Naar ik begrijp, is dit ook het geval in de Ierse tekst. Men zou natuurlijk kunnen stellen dat de Franse tekst, juist opgevat, de zelfde betekenis heeft en dat de strekking ervan is dat de verschijning enkel de betwisting van de bevoegdheid ten doel mag hebben. Ik ben er niet zeker van, dat het per se zo moet zijn.

Het Hof heeft eerder overwogen dat bij de uitlegging van het Executieverdrag rekening moet worden gehouden zowel met het systeem en de doelstellingen ervan, als met de binding aan het EEG-Verdrag (zaak 12/76, Tessili, Jurispr. 1976, blz. 1473, r.o. 9). Wanneer twijfel bestaat over bepaalde gebezigde woorden en de verschillende taalversies van het Executieverdrag elkaar mogelijk niet geheel dekken, is het klaarblijkelijk geboden te rade te gaan met het systeem en de doelstelling van het Verdrag.

Het zou kennelijk ingaan tegen de geest en de bedoeling van het Executieverdrag om partijen bij een geschil moeilijkheden in de weg te leggen. Wanneer een verweerder enkel mag verschijnen met het uitsluitende doel de bevoegdheid te betwisten, kan dit in de praktijk tot ernstige moeilijkheden leiden. Wordt hij op dit punt in het ongelijk gesteld, dan kan het zijn dat hij de gelegenheid heeft laten voorbijgaan om tegen de ingestelde vordering verweer ten gronde of zelfs op andere formele punten te voeren. Hij kan zich daarop evenmin beroepen, wanneer in de Staat waar hij verblijft of goederen bezit, een procedure tot tenuitvoerlegging van de tegen hem gewezen beslissing is ingeleid, want artikel 28 Executieverdrag bepaalt dat, behoudens uitzonderingen, de bevoegdheid van de gerechten van de staat van herkomst daarbij niet mag worden getoetst. Bovendien kunnen zich gevallen voordoen waarin het bevoegdheidsprobleem ingewikkeld is, doch de zaak ten gronde eenvoudig. Het zou weinig gelukkig zijn wanneer een verweerder die de bevoegdheid wenst te betwisten, geen argumenten zou mogen aanvoeren met betrekking tot de zaak ten gronde die, zo hij op het punt van de bevoegdheid in het ongelijk wordt gesteld, snel zou kunnen worden opgelost. Dit is met name het geval — inzonderheid in handelszaken — wanneer verweerder poogt beslag op goederen te voorkomen of te doen lichten. Al even ongelukkig zou het zijn wanneer een rechter die tijdens de behandeling van een zaak tot de conclusie komt dat hij niet bevoegd is, toch kennis dient te nemen van het geschil enkel omdat de verweerder voor hem is verschenen en daarbij een subsidiair middel betreffende de grond van de zaak of een ander procedureel punt heeft aangevoerd.

Ik geloof dat het Engelse recht te dezen stringenter is dan dat van andere ver-

dragsluitende staten, waar een verweerder niet noodzakelijk wordt geacht de bevoegdheid te hebben erkend op de enkele grond dat hij middelen ten gronde heeft aangevoerd: hij moet de bevoegdheid bewust en uitdrukkelijk hebben erkend. Ik moge hier eenvoudig verwijzen naar de in de opmerkingen van het Verenigd Koninkrijk aangehaalde commentaren.

Het is wellicht juist erop te wijzen, dat het Internationaal Gerechtshof terzake een zelfde standpunt heeft ingenomen als over het algemeen in de Lid-Staten wordt aanvaard, toen het op grond van algemene rechtsbeginselen moest beslissen of de Iraanse regering geacht kon worden de bevoegdheid van het Gerechtshof te hebben erkend door een aantal vragen die geen betwisting van bevoegdheid inhielden, ter beoordeling aan het Gerechtshof voor te leggen. Het Gerechtshof oordeelde dat het beginsel van het *forum prorogatum,* zo al van toepassing op de betrokken zaak, diende te berusten op een gedraging of verklaring zijdens de Iraanse regering, waaruit bleek van haar aanvaarding van de bevoegdheid van het Hof (Anglo-Iranian Oil Company Case, 1952, I.C.J. Rep. 89, 113-114).

Mijns inziens moet mitsdien op de tweede vraag worden geantwoord, dat een gerecht van een verdragsluitende staat niet bevoegd is krachtens artikel 18 Executieverdrag, wanneer de verweerder voor dit gerecht verschijnt met het oogmerk de bevoegdheid te betwisten, doch tevens van die gelegenheid gebruik maakt om subsidiair een argument betreffende de zaak ten gronde aan te voeren. Door subsidiair middelen ten gronde aan te voeren, verliest verweerder niet het recht de bevoegdheid te betwisten, mits dit zijn allereerste oogmerk blijft.

De derde vraag is door het Hof van Cassatie enkel gesteld voor het geval de tweede bevestigend wordt beantwoord. Zij luidt als volgt:

„In bevestigend geval, moet dan de bevoegdheid *in limine litis* worden betwist?"

In de eerste plaats is duidelijk dat het Executieverdrag geen procedurevoorschriften bevat. In beginsel moet mitsdien aan de hand van de *lex fori* worden uitgemaakt in welke stand van het geding en op welke wijze een middel moet worden aangevoerd. Dit wordt ook uitdrukkelijk gesteld in het rapport-Jenard (PB C 59 van 1979, blz. 1, op blz. 38). Het recht van de verdragsluitende staten loopt op dit punt sterk uiteen. Krachtens artikel 854 Ger. Wb. bij voorbeeld moet de verweerder de onbevoegdheid *in limine litis* voordragen, terwijl hij krachtens het Duitse procesrecht deze exceptie kan opwerpen in elke stand van het geding vóór de eerste terechtzitting. Het Executieverdrag beoogt niet deze voorschriften te harmoniseren.

Anderzijds kan niet worden ontkend dat overeenkomstig de formulering van de tweede volzin van artikel 18 de verschijning de betwising van de bevoegdheid ten doel moet hebben. Verweerder kan niet staande houden dat hij met dat doel is verschenen, wanneer hij de bevoegdheid eerst betwist na te zijn verschenen. Werpt hij deze exceptie eerst later in het geding op, dan kan hij ook niet stellen

dat zijn middelen betreffende de zaak ten gronde subsidiair waren ten opzichte van het punt van de bevoegdheid. Indien mijn opvatting over de tweede vraag wordt aanvaard, volgt hieruit dat een verweerder in een dergelijk geval het recht verliest de bevoegdheid te betwisten. Hem kan dan immers worden tegengeworpen dat zijn eerdere verschijning een vrijwillige erkenning van de bevoegdheid inhield.

Deze overwegingen vallen gemakkelijk te rijmen. De tweede volzin van artikel 18 impliceert mijns inziens dat verweerder, door te verschijnen, de bevoegdheid beoogde te betwisten. De bevoegdheid dient dan ook niet later te worden betwist dan op het tijdstip van verschijnen. De vraag wat onder verschijning is te verstaan, moet evenwel aan de hand van de *lex fori* worden beantwoord.

De vierde en de vijfde vraag van het Hof van Cassatie luiden als volgt:

„a) Kunnen samenhangende vorderingen die, afzonderlijk ingesteld, voor gerechten van verschillende verdragsluitende staten zouden moeten worden gebracht, met toepassing van artikel 22 van het Verdrag, gelijktijdig voor één van deze gerechten worden aangebracht, mits zijn wetgeving de voeging van samenhangende zaken toestaat en dit gerecht bevoegd is om van de beide vorderingen kennis te nemen?

b) Is dit eveneens het geval, wanneer partijen bij één van de geschillen welke de vorderingen hebben doen ontstaan, overeenkomstig artikel 17 van het Verdrag, bij overeenkomst een gerecht van een andere verdragsluitende staat hebben aangewezen om van dat geschil kennis te nemen?"

Gelijk de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft opgemerkt, doet de formulering van deze vragen enige moeilijkheden rijzen. Dit komt niet enkel omdat de eerste vraag begint met de onderstelling dat de vorderingen, indien afzonderlijk ingesteld, voor gerechten van verschillende verdragsluitende staten hadden moeten worden gebracht, en eindigt met de onderstelling dat één enkel gerecht bevoegd is om van beide vorderingen kennis te nemen. Deze moeilijkheid zou wellicht kunnen worden opgelost door de in de vraag bedoelde voorwaarde („mits . . .) uit te leggen als een referentie aan het nationaal recht dat „voeging van samenhangende zaken toestaat en daardoor het gerecht bevoegdheid in beide zaken toekent". De grootste moeilijkheid bestaat mijns inziens hierin, dat beide vragen ertoe strekken te vernemen of een gerecht in bepaalde omstandigheden bevoegdheid kan ontlenen aan artikel 22.

Artikel 22 heeft evenwel geen betrekking op de bevoegdheid in samenhangende vorderingen. Daarvoor dient men te zien naar artikel 6. Artikel 22 betreft de omstandigheden waarin een gerecht zijn uitspraak kan aanhouden of kan verwijzen naar een ander gerecht, te weten het gerecht bij hetwelk de zaak het eerst is aangebracht. Het zou, dunkt mij, onredelijk zijn uit de bewoordingen van de vragen af te leiden dat het Hof van Cassatie opheldering verlangt over de omstandigheden waarin het de zaak mag aanhouden of verwijzen naar de rechter te Kleef of naar enig ander gerecht „bij hetwelk de zaak het eerst is aangebracht", want niets in de processtukken wijst erop dat de zaak het eerst is aangebracht bij een gerecht van een andere verdragsluitende staat dan België; het tegendeel is waar.

Het staat het Hof natuurlijk vrij de bewoordingen van gestelde vragen in zoverre aan te passen als nodig is om zijn taak te kunnen vervullen, maar een on-

derzoek naar de verhouding tussen artikel 6 en artikel 17 Executieverdrag lijkt mij in de onderhavige zaak niet op zijn plaats, want in de gestelde vragen wordt artikel 6 in het geheel niet genoemd. Daarom zou het mijns inziens de juiste oplossing zijn, te verklaren dat de vierde en de vijfde vraag in de onderhavige zaak geen antwoord behoeven.

De laatste vraag van het Hof van Cassatie luidt als volgt:

„Is het strijdig met artikel 17 van het Verdrag te beslissen dat een overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter nietig is, wanneer het geschrift waarin de overeenkomst is opgenomen, niet gesteld is in de taal die op straffe van nietigheid is voorgeschreven door de wetgeving van een verdragsluitende staat, en wanneer het gerecht van die staat waarvoor de overeenkomst werd ingeroepen, krachtens die wetgeving ertoe gehouden is de nietigheid van het geschrift ambtshalve vast te stellen?"

Het Hof heeft reeds uitgemaakt dat de rechter waarbij de zaak wordt aangebracht ingevolge artikel 17 verplicht is, eerst te onderzoeken of er tussen partijen inderdaad wilsovereenstemming bestond omtrent de bevoegdheidsclausule, en dat die wilsovereenstemming duidelijk en nauwkeurig aantoonbaar moet zijn. Het Hof heeft voorts een aantal criteria aangegeven aan de hand waarvan kan, of moet, worden vastgesteld dat er een schriftelijke of een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst is geweest (zie bij voorbeeld zaak 24/76, Estasis Salotti, en zaak 25/76, Segoura, Jurispr. 1976, blz. 1831 en 1851). Voor zover het Executieverdrag te dezen voorwaarden stelt, moeten deze autonoom, los van elke nationale wetgeving worden uitgelegd. Gelijk advocaat-generaal Capotorti in zijn conclusie in zaak 25/75 (Jurispr. 1976, blz. 1867) opmerkte, „prejudicieert dit alles natuurlijk niet op de nationale regeling van andere formele en materiële aspecten, welke buiten het kader van de communautaire uitlegging van verdragsbepalingen vallen". In de onderhavige zaak gaat het mijns inziens om de vraag, aan welke nationale wetgeving deze andere aspecten moeten worden getoetst om uit te maken of er een geldige overeenkomst bestaat.

Een eerste mogelijkheid is het nationale recht van de aangezochte rechter, wanneer dit niet het gerecht is dat is aangewezen in de schriftelijke overeenkomst waarop de verweerder zijn betwisting van de bevoegdheid baseert. In het algemeen lijkt mij dit niet de juiste oplossing. Het kan immers zijn dat dat nationale recht geen enkele aanknoping heeft met de gesloten overeenkomst en dat de verzoeker de zaak alleen maar bij dat gerecht heeft aangebracht omdat bij toepassing van dat nationale recht de overeenkomst waarop verweerder zich beroept, nietig zou zijn. Een andere oplossing is dat de aangezochte rechter zijn eigen regels van internationaal privaatrecht toepast om uit te maken aan de hand van welk nationaal recht het probleem moet worden beslecht. Deze oplossing lijkt al aantrekkelijker, want zij opent de mogelijkheid dat de keuze valt op het recht dat een aanknoping heeft met de gestelde overeenkomst. Een nadeel daarvan is evenwel dat de gerechten van de verschillende verdragsluitende staten tot een verschillende rechtskeuze kunnen komen, doordat zij elk, op grond van hun eigen collisieregels, andere verwijzingsregels toepassen. Dit

gaat in tegen het door Jenard in zijn rapport beklemtoonde streven naar maximale rechtszekerheid voor degenen die bij grensoverschrijdende burgerlijke en handelszaken betrokken zijn. Het gaat eveneens in tegen het door advocaat-generaal Capotorti in zijn conclusie in zaak 24/76 genoemd beginsel, namelijk dat het „uiteraard van belang is dat de partijen bij een dergelijke overeenkomst in alle verdragsluitende staten gelijk worden behandeld: aan deze eis wordt niet voldaan, indien wordt verwezen naar het volgens de collisieregels van elke Lid-Staat op de vorm van overeenkomsten toepasselijke materiële recht" (Jurispr. 1976, blz. 1846).

De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt een tussenoplossing voor, die hierin bestaat, dat zo aan de vereisten van artikel 17 is voldaan, het gerecht voor hetwelk het bevoegdheidsprobleem wordt opgeworpen, zich onbevoegd dient te verklaren wanneer de forumkeuze het onderwerp vormt van een afzonderlijke overeenkomst, dan wel van een clausule die een onderdeel vormt van een ruimere overeenkomst waarvan zij kan worden afgesplitst. Ik vind deze oplossing moeilijk te aanvaarden, deels omdat daarbij niet duidelijk is, aan welk nationaal recht andere dan de in artikel 17 bedoelde formele geldigheidsvereisten moeten worden getoetst. Ook kunnen nieuwe, soms moeilijk te beantwoorden vragen rijzen — vragen waarop de verschillende gerechten wellicht een verschillend antwoord zullen geven — met betrekking tot het punt of de forumclausule „duidelijk afsplitsbaar" is. Bovendien laat zij een restcategorie buiten beschouwing, waarin de geldigheid van de forumclausule staat of valt met die van de overeenkomst in haar geheel, welke moet worden beoordeeld aan de hand van de collisieregels van het als eerste aangezochte gerecht. Dit zou in strijd zijn met „het door het Verdrag beoogde beginsel van uniformiteit", waaraan advocaat-generaal Capotorti in een andere context refereerde in zijn conclusie in de zaak-Segoura (Jurispr. 1976, blz. 1868).

Gelet op de strekking en de doelstellingen van het Executieverdrag, meen ik dat artikel 17 aldus moet worden begrepen, dat het impliciet voorschrijft dat de geldigheid van een schriftelijke dan wel schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter, moet worden getoetst aan de *lex fori* van het in de overeenkomst aangewezen gerecht. Enkel op deze wijze wordt aan het vereiste van uniformiteit voldaan.

Ik geloof niet dat deze opvatting wordt weerlegd door het argument dat zij vooruitloopt op het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten, ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980 (PB L 266 van 1980, blz. 1), dat, ofschoon het geen betrekking heeft op bedingen tot aanwijzing van een bevoegde rechter, in artikel 8, lid 1, bepaalt dat „het bestaan en geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan beheerst wordt door het recht dat ingevolge dit Verdrag toepasselijk zou zijn, indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn". Evenmin wordt mijn opvatting weerlegd door de omstandigheden dat zij tot een zelfde resultaat leidt als de ontwerptekst van de Conventie van Den Haag inzake „for contractuel", luidens welke „pour toutes les questions non réglées par les dispositions de la présente Convention... l'accord d'élection de for est régi par la loi interne de l'Etat du tribunal élu" (Actes et documents de la conférence de droit

international privé de la Haye 10e Session 1964, IV, p. 18).

Voorts rijst nog de vraag welk gerecht te oordelen heeft over de geldigheid van de overeenkomst naar het nationale recht van het aangewezen gerecht. Een mogelijke oplossing is dat de rechter voor wie de vraag wordt opgeworpen, de zaak aanstonds verwijst naar het aangewezen gerecht, dat hierover oordeelt op grond van zijn eigen nationale recht. Ofschoon deze oplossing zekere voordelen biedt, beschouw ik ze niet als de juiste. Volgens mij moet het gerecht waarvan de bevoegdheid wordt betwist, zelf de geldigheid van de overeenkomst (afgezien van de geldigheid ten aanzien van de vormvereisten van artikel 17 zelf) toetsen aan het nationale recht van de aangewezen rechter. Komt het tot de conclusie dat de overeenkomst krachtens dit recht geldig is, dan dient bedoeld gerecht de zaak in die stand van het geding te verwijzen, tenzij zijn bevoegdheid voortspruit uit andere bepalingen van het Executieverdrag. Komt het tot de conclusie dat de overeenkomst ongeldig is, dan kan het verder kennis nemen van het geschil.

Opgemerkt zij dat artikel 27 Executieverdrag niet-erkenning van een beslissing toestaat, indien de erkenning strijdig is met de openbare orde van de aangezochte staat. Een referentie aan de openbare orde ontbreekt evenwel in de afdeling van het Executieverdrag betreffende de exclusieve bevoegdheid. Ik meen dat het gerecht waarvoor de vraag inzake de geldigheid van de overeenkomst werd opgeworpen, en dat tot de conclusie is gekomen dat de overeenkomst geldig is op grond van het nationale recht van het daarin aangewezen gerecht, niet kan weigeren deze overeenkomst toe te passen. Zodra de aangewezen rechter een uitspraak heeft gegeven, kan het voorbehoud van openbare orde van toepassing worden, met name wanneer de in het gelijk gestelde partij de beslissing in een andere verdragsluitende staat — de staat waarin het geding het eerst was aangebracht, daaronder begrepen — poogt ten uitvoer te leggen; eerder kan het voorbehoud van openbare orde evenwel niet worden opgeworden.

Op grond van het voorgaande conludeer ik dat de door het Hof van Cassatie gestelde vragen moeten worden beantwoord als volgt:

1. a) Artikel 18 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken is ook van toepassing wanneer partijen bij een overeenkomst als bedoeld in artikel 17, een bevoegde rechter hebben aangewezen.

b) De bevoegdheidsregeling van artikel 18 Executieverdrag is steeds van toepassing wanneer verweerder door zijn verschijning voor het gerecht duidelijk te kennen geeft dat hij de bevoegdheid ervan erkent. Of hij dit daadwerkelijk gedaan heeft, is een feitelijke vraag waarover de na-

tionale rechter te oordelen heeft. Wanneer een verweerder middelen betreffende de zaak ten gronde aanvoert, betekent dit niet noodzakelijk dat hij de bevoegdheid erkent, mits deze middelen subsidiair zijn bedoeld ten opzichte van de primair opgeworpen exceptie van onbevoegdheid.

c) Om van het voorschrift van artikel 18, eerste volzin, af te wijken, moet het gerecht genoegzaam zijn gebleken dat verweerder, ook al voert hij tevens subsidiaire middelen aan, verschenen is om de bevoegdheid te betwisten. Het volstaat niet dat verweerder eerst in een latere stand van het geding besluit de bevoegdheid te betwisten. Aan de hand van het nationale recht moet worden uitgemaakt wanneer er sprake is van verschijning en uit welke omstandigheid blijkt dat verweerder is verschenen met het oogmerk de bevoegdheid te betwisten en hoe het bewijs daarvan moet worden gevoerd.

2. a) ...

b) ...

3. Een overeenkomst die voldoet aan de vereisten van artikel 17, die geldig is krachtens het nationale recht van de staat van de aangewezen rechter, en waarbij gerechten van een verdragsluitende staat bij uitsluiting worden aangewezen voor de kennisneming van geschillen, mag door een gerecht van een andere verdragsluitende staat niet terzijde worden gesteld op grond dat de overeenkomst nietig is krachtens het nationale recht van laatstgenoemde staat.